

Las instrucciones de aplicación del Código Civil y Comercial. Un análisis interpretativo del Artículo 3°

The instruction for the Civil and Commercial Code implementation. An interpretative analysis of 3^a clause

María Carlota Ucín*

Resumen:

En el presente artículo realizo un análisis interpretativo del artículo 3° del nuevo CCyC. Sugiero su lectura en el contexto del fenómeno de “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos. Asimismo, argumento que el sentido de la norma impone la consideración no sólo de los supuestos de aplicación de enunciados normativos con forma de “reglas”, sino también de “principios jurídicos”. En relación a estos últimos, presento el “principio de proporcionalidad” como un esquema de argumentación que puede satisfacer la exigencia de razonabilidad impuesta por la norma.

Palabras Clave: Art. 3° CCyC - Decisión razonable - Principios - Ponderación

Abstract:

In this paper I present an interpretative analysis of the 3rd clause of the Civil and Commercial Code. I suggest that this norm should be understood in the context of the “constitutionalization” process taking place in Europe but also in Latin American countries. I also argue that, according to the interpretation of the norm supported here, the solution of civil and commercial cases would apply not only “rules” but also “principles”. For this reason, I present the “Proportionality principle” as a useful scheme for delivering reasonable decisions according to the duty imposed by the above mentioned clause.

Keywords: 3° clause Civil-Commercial Code - Reasonable decision - Principles - Proportionality and balancing

* La autora es Abogada por la Universidad Nacional de La Plata (Premio "Medalla de Oro", 2002), Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA), Máster en Argumentación Jurídica (U. de Alicante) y Doctoranda de la Universidad de Buenos Aires (tesis en curso). Es docente de grado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) y la Universidad de Palermo y de Post-grado en la UNLP, UNA y FUNDESI. Contacto: macucin@yahoo.com.ar

Las instrucciones de aplicación del Código Civil y Comercial. Un análisis interpretativo del artículo 3º

María Carlota Ucín

I.- Introducción.

La reciente sanción del Código Civil y Comercial unificado representa sin dudas un hecho de enorme trascendencia. No creo equivocarme al suponer que habremos compartido con el lector o la lectora que ahora se encuentre comenzando estas líneas, una vivencia que me remite a la época de estudiante. Recuerdo cómo me impactaba al leer los Tratados de Derecho Civil, la cantidad de proyectos que habían intentado reformar el Código de Vélez y que sin embargo, no lo habían logrado. Pensaba, a la luz de dichos primeros indicios, que esto tal vez no sucedería jamás. También pensaba en lo ingrato que habría resultado para quienes -según lo imaginaba- iniciaban entusiastas la tarea de la elaboración de un Proyecto de reforma, el advertir que el suyo no sería sino uno más en la lista de los proyectos infructuosos. Todo esto pasaba por mi mente mientras recorría las páginas dedicadas a la presentación comparada de tales proyectos, en relación a la regulación de alguna institución en particular.

Como estudiante, además, también asistí en el año 1998 a la emoción que se palpitaba en las aulas en relación al Proyecto de Código Unificado de las obligaciones civiles y comerciales. Recuerdo la gran confianza que se exponía en relación a su posible sanción. Sin embargo, como bien sabemos, ello no sucedió. Algo cambió en la combinación de factores azarosos, algo tal vez en la voluntad política sostenida en el tiempo que separa el encargo del proyecto, de su sanción. Lo cierto es que el nuevo Código Civil y Comercial que hoy nos rige, fue sancionado por ley 26.994, de fecha 1-X-2014 y entró en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015, representando una gran novedad, tal vez aún no dimensionada totalmente por quienes vivimos este momento histórico.

Sin embargo, su trascendencia no radica sólo en que esta vez, el proyecto de reforma logró su finalidad esencial: reformar el sistema de normas Civil y Comercial de la Nación. Esta es una primera razón que explica su relevancia. Pero la segunda que quiero destacar y que resulte tal vez más importante que aquella, tiene que ver con la manera en que este nuevo Código se coloca en sintonía con un fenómeno que surgió y transcurre también más allá de

nuestras fronteras. Este nuevo Código, tal como lo señalan sus autores,¹ refleja el fenómeno de *constitucionalización* de los ordenamientos jurídicos. Y es por esto que se impone echar una mirada más allá de nuestro medio a las características de este fenómeno para poder comprender los alcances de la reforma introducida en nuestro medio.

A la luz de tales postulados entonces, es que en el presente trabajo propongo una interpretación posible del artículo 3° del Código Civil y Comercial (en adelante también, CCyC) sosteniendo que sus alcances imponen un mandato a los aplicadores de obrar con "razonabilidad", lo que a su turno, puede ser traducido a la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los cuales se trate de resolver la tensión entre principios en conflicto. Para ello, el plan de exposición que propongo consiste en una presentación sintética de los principales postulados y cambios operados en los ordenamientos jurídicos a partir del referido fenómeno de su "constitucionalización" (II). Luego, en el siguiente apartado (III), procederé a una interpretación de la letra del artículo 3°, lo que me permitirá sostener la apertura del Código hacia la argumentación jurídica y en particular, también, hacia el principio de proporcionalidad como modo de resolver los conflictos entre principios. Como corolario de ello, haré una breve presentación del principio de proporcionalidad para ilustrar los alcances y potencialidades de la norma en análisis (IV).

II.- La ola del nuevo CCyC en el mar de la constitucionalización

El fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos al que antes he aludido, puede ser caracterizado como un proceso a partir del cual la Constitución es concebida en términos rígidos, lo que le confiere una fuerza de penetración y de vigencia supra-legal que da origen a un cambio de todo el ordenamiento jurídico que pasa a estar impregnado, embebido y saturado por aquella.² Estos desarrollos resultan tanto de reformas

¹ En los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC se lee: "*Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.*".

² En este sentido, la Constitución resultaría invasiva y condicionaría la legislación, la jurisprudencia, la

constitucionales cuanto de las elaboraciones jurisprudenciales de distintos Tribunales Constitucionales (Alemania, España, Italia, pero también: Sudáfrica, India, Colombia) y de las reconstrucciones de la Dogmática Constitucional.

La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos resulta, un proceso que encuentra sus inicios en la segunda mitad del siglo pasado pero que aún no habría encontrado su punto final de desarrollo y que, al contrario se presenta con diversos grados de evolución en los distintos ordenamientos jurídicos. A continuación entonces, presentaré los rasgos salientes, o quizá mejor, las “condiciones de constitucionalización” (Guastini, 2001) de los ordenamientos a partir de los cuales se puede conferir sentido a los cambios que de modo aislado pueden perder la coherencia que aquí pretendo destacar. Tomaré aquí por base la conceptualización efectuada en la doctrina constitucional europea en cuanto ha sido ésta la que se ha focalizado en el análisis teórico y conceptual del fenómeno. Bases que sirven para advertir luego las particularidades que los diversos ordenamientos que se analicen, en particular el nuestro.

En general se han definido estas características en términos absolutos, y en cuanto tales, resultan parámetros para la consideración en concreto de cada ordenamiento y la valoración del grado relativo de constitucionalización de los mismos. Según Guastini (2001) las condiciones serían las siguientes siete y se derivan no sólo del contenido expreso de los textos constitucionales sino también y especialmente, de la interpretación que de ellas han ido haciendo los tribunales constitucionales, así como también la labor constructiva desarrollada por la doctrina:

- i) Presencia de una *Constitución rígida*, es decir, aquella que impone procedimientos específicos para su reforma y por la misma razón, se impone frente a la legislación de rango inferior que la contradiga (necesaria declaración de inconstitucionalidad, derivada según el sistema en órganos concentrados a cargo del control de constitucionalidad o de manera difusa en cualquier magistrado)³;
- ii) *Garantías jurisdiccionales* asequibles a los ciudadanos para la defensa de la Constitución y la impugnación de actos de gobierno o leyes que se le opongan;
- iii) En relación a la cultura jurídica del país de que se trate, se requiere el reconocimiento de

doctrina, así como también el comportamiento de los actores políticos y las relaciones sociales entre particulares. Guastini (2001).

³ La rigidez será aun más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales además, se establezcan principios constitucionales (implícitos o explícitos) que no pueden ser modificados siquiera por el procedimiento de reforma constitucional.

fuerza vinculante en la Constitución. Es decir, la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional, con independencia de su estructura o contenido normativo, resulta una norma jurídica genuina, exigible y susceptible de producir efectos jurídicos. Esta condición importa dejar de lado la distinción entre cláusulas programáticas y operativas;

iv) La “*sobreinterpretación*” de la Constitución requiere una especial actitud de los intérpretes hacia ella, que habilite a la realización de una interpretación constitucional extensiva, de la que se infieran incluso principios implícitos, que no dejen espacios vacíos, libres del control constitucional;

v) *Aplicación directa de la Constitución*, que tiene por función regular las relaciones sociales y por tanto, puede ser aplicada directamente por cualquier juez en cualquier clase de controversia. En tal sentido, los derechos fundamentales y los principios constitucionales no son vistos como meros límites que se hacen valer para contener el poder del Estado, sino que también obligan y enmarcan las relaciones entre particulares;

vi) *Interpretación adecuadora o armonizante* de las leyes, lo que implica escoger de entre los posibles, aquel sentido que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución;

vii) *Influencia material de la Constitución sobre las cuestiones políticas*. Revisión de parte de los jueces de la legitimidad constitucional de la legislación, sea a la luz del principio de igualdad o razonabilidad de las distinciones y clasificaciones legislativas o incluso de la ponderación de los principios constitucionales en tensión. En esta línea de pensamiento, la Constitución se entiende como una fuente de expectativas cuyo cumplimiento por parte de los actores políticos no se da por descontado. Es por ello que la Constitución tiene la capacidad de servir de regla de comportamiento y de juicio a la política.

El fenómeno así descripto, como se ha expuesto y resulta lógico pensar, importa mutaciones en varios niveles de los ordenamientos jurídicos. Tanto en el plano estructural de los mismos cuanto en los niveles pragmático y teórico.⁴ En este último sentido, puede afirmarse que dentro de la cultura jurídica se encuentran aquellos que afirman que la nueva realidad jurídica exige la formulación de un nuevo paradigma teórico para comprenderla y aquellos que, en cambio, niegan tal necesidad. Las diferencias se originan a partir de la valoración

⁴ Se habla así, de dos grandes cambios operados en el mundo jurídico en los últimos treinta años. Uno estructural, debido a la referida “constitucionalización” del Derecho, tanto por cambios operados en los textos constitucionales cuanto por cambios operados a raíz de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y otro doctrinal, debido a la afirmación del *neoconstitucionalismo*. Comanducci (2007)

que se haga del fenómeno reseñado. Así, quienes entienden que sólo hay una mutación cuantitativa, consideran innecesario pensar en la revisión del paradigma teórico forjado a partir del positivismo. En cambio, quienes vislumbran en esta evolución un cambio cualitativo, consideran imperiosa la superación teórica del positivismo, que sería un modelo teórico insuficiente para aprehender las nuevas realidades (Aguiló Regla, 2008)

Las posturas que sostienen este segundo punto de vista no resultan homogéneas, sino todo lo contrario, quizá sólo puede decirse que tengan en común la idea de la superación del esquema positivista como prisma adecuado para la conceptualización de la realidad actual de los ordenamientos jurídicos. Así entonces, bajo las denominaciones de *neoconstitucionalismo*⁵ o más precisamente *post-positivismo*, se engloba a aquellos autores que trabajan en la elaboración de las categorías teóricas necesarias para comprender este fenómeno de Constitucionalización.

Resulta interesante destacar esta particularidad del constitucionalismo contemporáneo que, a diferencia del decimonónico, y según este sector doctrinario al que se alude, importa también la pretensión de erigir a su par una teoría del Derecho. Así, el *constitucionalismo* nace con pretensiones teóricas. En cambio, esto no fue necesario para que el constitucionalismo decimonónico cumpliera acabadamente su función de lograr la limitación del poder y la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. De hecho, el positivismo jurídico como teoría independiente de aquel proceso de constitucionalización resultó igualmente funcional para comprender la mecánica del derecho liberal burgués, asociado a las ideas de formalismo, abstracción de contenido y legicentrismo. En cambio, el *neoconstitucionalismo*, con pretensiones ideológicas y metodológicas, se presenta así como una teoría concurrente con la positivista, lo que explica la denominación también aceptada de *post-positivismo*.

A continuación presentaré una definición de los puntos más salientes de esta corriente porque de allí se desprenden también lineamientos conceptuales que habrán de acompañar

⁵ Se ha utilizado la denominación de *Neoconstitucionalismo* como forma de clasificar algunas tendencias post-positivistas de filosofía jurídica, especialmente los desarrollos de aquellos autores que han participado de la elaboración de las categorías teóricas generadas como parte de este proceso. El término, acuñado por la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susana Pozzolo, Mauro Barberis, Comanducci), ha sido sin embargo, objeto de críticas por cuanto reúne bajo el mismo a diversos autores cuyas posturas no son homogéneas. Aquí lo habré de utilizar de manera acrítica porque no pretendo hacer de esto una defensa nominalista, sino sólo valerme de un uso común del lenguaje. Con tal concepto habré de designar el punto de vista teórico que observa y valora positivamente el fenómeno de Constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, en el sentido dado a éste en el texto. Para un análisis del debate sobre el Neoconstitucionalismo remito a: Bernal Pulido (2007).

mis ulteriores desarrollos. Así, siguiendo para ello a Aguiló Regla (2008), puede caracterizarse a este punto de vista teórico a partir del contraste con su antecesor, asumiendo al post positivismo como una superación teórica de aquél. Este autor habla así de un progreso desde un “modelo de reglas” hacia un “modelo de principios y reglas”. Es decir, que para dar debida cuenta de la estructura del ordenamiento jurídico actual, hace falta considerar que al lado de las reglas existen normas con estructura de principios jurídicos⁶. La función de estos últimos, por su parte, consiste en dotar de sentido a las reglas, mostrándolas como instrumentos para la protección de ciertos bienes o valores jurídicos y también, como el resultado de un balance o ponderación entre principios involucrados en el caso.

El *post-positivismo* asume que además de la noción lógica de “consistencia normativa” (compatibilidad lógica) debe considerarse la relación de “coherencia valorativa” entre normas. Así, mientras los conflictos entre reglas incompatibles por inconsistentes se resuelven mediante la exclusión de una de ellas (a partir de los criterios establecidos al efecto⁷), la coherencia impone un tratamiento diverso. Siendo ésta una cuestión de grado, se impone que los conflictos entre principios deban resolverse a través de la ponderación, estableciendo un grado de conciliación posible entre los principios en tensión. Se acepta la prioridad justificativa de los derechos y por tanto se arguye que el reconocimiento de los mismos justifica la imposición de deberes aunque no puede transitarse el razonamiento inverso, es decir, que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de derechos. Por lo dicho, y en consideración a la presencia de normas con la estructura de principios, la forma lógica de la subsunción resulta insuficiente a los fines de la aplicación del Derecho al caso, debiendo ser complementada con la práctica de la ponderación (a través del principio de proporcionalidad).

El punto central del cambio de concepción reside en que las reglas no pueden ser ya vistas como meras manifestaciones de la voluntad de la autoridad de las que emergen. O al menos, esto ya no resulta suficiente para justificarlas y entonces, se debe considerar que son el

⁶ Normas que establecen una solución jurídica pero sin definir el caso, es decir, deja abiertas sus condiciones de aplicación. Por contraste con las reglas, en las que a un caso o supuesto de aplicación determinado, se lo vincula con sus consecuencias jurídicas de manera necesaria. Además, los principios deben ser vistos como “mandatos de optimización”, es decir que tienen pretensión de ser aplicados en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas. Esta circunstancia es la que conduce a admitir las tensiones posibles entre principios y la necesidad de la ponderación (Alexy, 2008).

⁷ Criterios previstos en modo más o menos análogo en todos los ordenamientos de raíz románica: *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*.

resultado de una ponderación de principios relevantes para el caso, llevada a cabo por dicha autoridad como resultado de una práctica racional. Por ello, la dimensión valorativa y justificativa adquiere relevancia central. De hecho, ser fiel a las reglas no será serlo a su expresión literal, sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a los fines protectorios que persiguen. Y en este compromiso con los valores, el razonamiento jurídico desde una mirada post-positivista admite ser moralizado o politizado, arrojando un canon interpretativo de adecuación de la ley a la Constitución como ya fue expuesto antes. También se incorpora la consideración de la validez material de las normas jurídicas, derivada no ya del respeto de los procedimientos de sanción sino de su concordancia con los contenidos impuestos constitucionalmente. Todo esto, como se verá, aparece expresamente recogido en el título preliminar del Código Civil y Comercial, en sus primeros tres artículos.

Se propone asimismo, la superación de la dicotomía “casos regulados y no regulados” por otra que distinga entre “casos fáciles y casos difíciles”. Tal como se desprende de la caracterización del constitucionalismo, no existen lagunas en el ordenamiento constitucional pues éstas se colman a partir de una interpretación extensiva de la Constitución. Entonces, a la par de los “casos fáciles” (aquellos en que la solución resulta de aplicar una regla del sistema y cuya solución resulta lógicamente consistente y coherente con las demás reglas y principios del mismo) existen los “difíciles”, que son aquellos en los cuales la solución debe buscarse a partir de una intensa actividad deliberativa y justificativa. Por último, se señala que la ciencia jurídica no debe buscar la descripción cierta de un sector del sistema jurídico. En cambio, su función es reconstructiva del ordenamiento jurídico, a la vez que práctica y justificativa. El jurista, desde esta perspectiva, es entendido como un participante de una práctica compleja, comprometido con su mejoramiento. En consecuencia, el Derecho no es algo estático y ajeno a los actores sino el resultado de una práctica social.

III.- Una lectura contextualizada del artículo 3º.

El artículo 3º, a cuyo análisis ahora me aboco, se inserta en el Título Preliminar del Código, el que consta de cuatro capítulos dedicados, respectivamente, al Derecho, la Ley, el ejercicio de los derechos y a los derechos y los bienes. En verdad todo este título podría ser interpretado como la indicación de las “instrucciones de aplicación del CCyC”, por lo que no resulta casual su ubicación, antecediendo las normas del *corpus* civil y comercial. El

artículo se refiere al “deber de resolver” y en relación a ello, explicita el deber de los jueces de resolver en todos los asuntos sometidos a su jurisdicción. Pero dicho deber aparece modalizado. En relación a él se dice que la decisión de los jueces debe ser “*razonablemente fundada*”.

Qué sea una *decisión razonablemente fundada*, debe ser materia de interpretación. Ello es así porque la expresión encierra una ambigüedad innegable. Según el uso corriente del término, recogida en el Diccionario de la Real Academia Española, se debe interpretar que éste modo de resolver sería “conforme la razón” y ésta última, se define como la facultad de discurrir (1º acepción) o la demostración que se aduce en apoyo de algo (4º acepción).

En este sentido cabe cuestionarse: ¿Alcanza que la decisión sea, como lo ha dicho la Corte Suprema a partir de los casos Colalillo (Fallos 238:550) y Oilher (Fallos 302:1611), “una derivación razonada del Derecho vigente”? En todo caso, ¿se trata sólo de obtener decisiones que resultan lógicamente adecuadas y cuya conclusión se deriva de las premisas normativas predisuestas por el ordenamiento jurídico?

En un ordenamiento jurídico que se agotara en los enunciados normativos con forma de reglas, esta descripción haría justicia con la aplicación subsuntiva que entonces harían los jueces del Derecho para el caso a resolver. Sin embargo, cuando los ordenamientos jurídicos se complejizan, cuando a la par de las reglas coexisten enunciados normativos con forma de principios, esto ya no resulta suficiente. Entonces, la exigencia de la razonabilidad puede estarnos requiriendo una interpretación diferente.⁸

En línea con esto, se puede pensar en un segundo sentido del adverbio que caracteriza la obligación del artículo 3º. Entonces, por “razonablemente” podría pensarse en un modo de decidir en forma “razonable” y recoger para ello, la definición léxica de este último término. Así, según las dos primeras acepciones recogidas por la Real Academia Española, esta propiedad implica aquello que resulta adecuado, conforme a la razón o proporcionado.⁹

Esta segunda interpretación, complementaria de la primera, resulta adecuada a la presentada evolución de los ordenamientos jurídicos. La integración de los ordenamientos jurídicos por enunciados con forma de reglas y también de principios impone esta segunda consideración. Con ello entonces, una decisión razonablemente fundada no será sólo aquella que logre

⁸ En los fundamentos del Anteproyecto queda explícita esta complejidad del Código. Así, en relación a la función del Título preliminar se sostiene: “*No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derechos basado en principios y reglas*”.

⁹ Según el avance de la vigésima tercera edición, disponible en línea.

mostrar adecuadamente su discurrir. Es decir, aquella que muestre que la solución normativa para el caso resulta consecuencia derivada del ordenamiento jurídico vigente, sino que será necesario también contemplar la necesidad de recurrir a la ponderación. Bajo esta forma se podrán resolver aquellos supuestos que imponen una solución adecuada y proporcionada de la tensión entre principios jurídicos.

Esta interpretación, que se deriva de la comprensión del fenómeno de constitucionalización antes presentado, parece acorde con las previsiones específicas del CCyC. Así, el artículo 1° del Código establece que los casos por él regidos se deben resolver según las leyes que resulten aplicables, en una interpretación de conformidad con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. Para ello impone además, tener en cuenta la finalidad de la norma en análisis. Esto permite afirmar que en la aplicación de las nuevas normas civiles y comerciales, se deberá tener especialmente en cuenta su conexión con los derechos reconocidos en tales fuentes supra-legales.

La interpretación propuesta del artículo aquí en análisis se ve corroborada además, por la previsión del artículo 2° del mismo cuerpo normativo. Esta norma impone una interpretación que parta de las “palabras” de la norma para conjugarla con su finalidad, las normas análogas y las disposiciones que surgen de los tratados de Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. En este sentido, se convalida el método interpretativo aquí seguido por el cual se ha recurrido no sólo al sentido literal de la norma sino que también se lo ha conectado con su finalidad y los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

Pero además, la conjunción de los artículos 1 y 2 confirma el resultado de tal tarea interpretativa. Sus prescripciones avalan el sentido que se ha atribuido en la interpretación del artículo 3°, por el cual se establece que para una “decisión razonable” de los casos, los jueces deberán considerar además de la finalidad de la norma, los principios y valores que impregnan el ordenamiento jurídico. Carga que a su turno, lleva implícita la necesidad de recurrir al principio de proporcionalidad para resolver las tensiones entre principios, en aquellos casos en los que la subsunción fuera insuficiente.

Por todas estas razones, parece dable sostener que el artículo 3° impone la obligación de fundar las decisiones judiciales de un modo razonable *lato sensu*, esto es: recogiendo la obligación de ser racional y proporcionada. Por ello se impone la consideración particular, para aquellos supuestos en los cuales se trate de resolver la colisión entre principios. Para

estos casos será de utilidad la aplicación del principio de proporcionalidad, el que a su turno operará como un “protocolo” que asegure la razonabilidad de las decisiones (Ucín, 2011). Por lo demás, la interpretación del artículo tercero en el contexto de los restantes artículos del título preliminar, no sólo los ya referidos del capítulo 1º, sino también los que establecen el modo de ejercicio de los derechos (capítulo 3) y la relación entre los diversos bienes tutelados (capítulo 4) parece confirmar esta tesis.

IV.- El principio de proporcionalidad como esquema de argumentación

A continuación haré una breve presentación del principio de proporcionalidad para poder comprender los alcances que he atribuido a la norma. El examen de proporcionalidad, se presenta como uno de los controles de mayor relevancia en las democracias constitucionales, para limitar la intervención restrictiva operada sobre los derechos fundamentales (Clérico, 2009). Su importancia radica en que permite la *demonstración* argumentativa de la razonabilidad, a partir de la explicitación de las razones sopesadas en los “casos difíciles”, en que se debe controlar la tensión entre derechos igualmente protegidos.

El principio de proporcionalidad, en la formulación clásica que surge de la dogmática alemana, presenta una estructura compleja y se compone de tres sub-principios: el de *idoneidad*, el de *necesidad* y el de *proporcionalidad stricto sensu*. Los dos primeros, se originan a partir del mandato de la máxima realización en relación con las posibilidades fácticas. Esto implica la evaluación y consideración de premisas extrajurídicas, que justifiquen las diversas medidas alternativas, así como su eficiencia para el logro de los fines propuestos. Así, el sub-principio *de idoneidad* exige que se evalúe la utilidad de la intervención para fomentar el fin deseado. O como también se ha dicho, puede concebirse a este sub-principio como un criterio negativo por el cual se puede determinar si una medida (M), elegida para la preeminencia de un Principio (P1) sobre otro (P2) en determinadas circunstancias (C), es adecuada para el fin perseguido, es decir, si fácticamente puede demostrarse que ella optimiza la realización de P1 (Alexy 2008)

El sub-principio *de necesidad*, por su parte, también atiende a la optimización en términos fácticos del principio, evaluando comparativamente entre dos medidas (M) igualmente idóneas, cuál sea aquella que menor restricción opere sobre el principio (P2) afectado. Es decir, evalúa si se ha recurrido al medio propuesto porque no se ha encontrado otro medio con el cual lograr los mismos fines pero con una menor afectación del derecho fundamental

(P2).

Alexy ejemplifica el funcionamiento de este sub-principio en lo que llama una constelación “simple” configurada por una situación compuesta por dos principios involucrados y sólo dos sujetos involucrados (el Estado y el ciudadano). Así, dice: “El Estado fundamenta la persecución del fin F con el principio P1, o en otras palabras, F es idéntico a P1. Existen, por lo menos, dos medios, M1 y M2, que son igualmente idóneos para lograr o promover F. M2 afecta menos intensamente que M1, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma de derecho fundamental con carácter de principio, P2. Bajo estos presupuestos, para P1 es igual que se elija M1 o M2, P1 no exige que se elija M1 en lugar de M2 o M2 en lugar de M1. En cambio, para P2 no es igual que se elija M1 o M2. En cuanto principio, P2 ordena una optimización tanto en relación con las posibilidades fácticas, como en relación con las posibilidades jurídicas. (...) Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de validez tanto de P1 como de P2, sólo está permitido elegir M2. Está prohibido elegir M1 (...)” (Alexy, 2008: 93-94).

En cambio, el *sub-principio de proporcionalidad*, se deriva del mandato de la máxima realización, en relación con las posibilidades jurídicas. Éstas, aluden a la compatibilidad entre los principios involucrados, justificando un orden de prevalencia para el caso concreto, atendiendo a las razones jurídicas que se puedan alegar. Este sub-principio manda, que la restricción al derecho fundamental debe guardar una relación razonable, con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor o menor protección del derecho afectado. Es decir, apunta a lograr la valoración y justificación del equilibrio relativo que habrá de establecerse entre la satisfacción de P1 y el sacrificio de P2, que girará en torno de la mayor importancia de P1 en las circunstancias bajo análisis. Para el examen de proporcionalidad, entonces pueden establecerse tres pasos (Alexy, 2008: 529):

- a) Definir el grado de sacrificio de P2,
- b) Definir la importancia de la satisfacción de P1,
- c) Determinar si el grado de satisfacción de P1 justifica el sacrificio de P2.

Supongamos, entonces, que nos encontramos con un “caso difícil”, en el cual el tribunal es puesto a decidir un caso donde se ponen en tensión dos derechos con forma de principios. En estos supuestos, el principio de proporcionalidad serviría de *test* para determinar si, superado su umbral, la medida habrá de ser declarada constitucional. En dicho análisis, aparecen en acción los sub-principios antes enumerados.

En cuanto a la materia que habrá de ser resuelta a partir de la vigencia del nuevo CCyC existen un sinnúmero de supuestos en los que se puede presentar este tipo de tensión. Imagino sin embargo ahora un caso, que registra antecedentes jurisprudenciales¹⁰ pero que fue resuelto antes de la vigencia del Código. Imagino la tensión entre el derecho a la autonomía de la voluntad en relación a la decisión de los padres de no vacunar a sus hijos (art. 19 CN, art. 26 del CCyC) y las normas que imponen la vacunación obligatoria en relación a ciertas enfermedades que integran el calendario oficial de vacunación.

A los fines de resolver este caso se podría recorrer el camino señalado por el principio de proporcionalidad en sentido lato. En primer término cabría analizar la *idoneidad* de la intervención (la vacunación obligatoria en cumplimiento de la ley de vacunación). La primera pregunta debiera ser, si la intervención legislativa tiene un objetivo legítimo y si es idónea para alcanzarlo o por lo menos, fomentarlo. Es evidente que atiende a premisas fácticas y técnicas, que demuestren en concreto la utilidad del medio y su adecuación al fin perseguido. En punto a la *necesidad* de la intervención, se debe controlar si los objetivos perseguidos con la intervención legislativa en el derecho fundamental, habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas o menos interventoras del derecho que debe ser sacrificado. Si se considerara que la medida está entre aquellas necesarias para el logro del fin, descartando la existencia de otras más favorables, debe revisarse la *proporcionalidad* en sentido estricto. En cuanto a este análisis, cabe indagar si la afectación al derecho fundamental (mensurable como grave, media o leve) se ve justificada por los beneficios perseguidos.

Para este último análisis, Alexy sugiere que debe relacionarse, la intensidad de la intervención de un principio en determinadas circunstancias y la importancia del otro principio en las mismas circunstancias. Para ello, revisten gran utilidad la “ley de la ponderación” que establece que:

“Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, 2003:95).

La fórmula del peso, por su parte, será una manera de relacionar las tres variables consistentes en: grado de afectación (A), peso abstracto de los principios relevantes (P) y seguridad de las apreciaciones empíricas (S), relativas a la afectación de la medida en el caso

¹⁰ Me refiero al caso: “*NN o UV s/ Protección y guarda de personas*” resuelto por la CSJN con fecha 12-VI-2012, publicado en Fallos 335:888. Una reconstrucción del caso a partir del principio de proporcionalidad puede verse en Clérico (2014).

concreto. Así, la formula dirá que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de esas tres variables referidas al principio P_i , por un lado y el producto de las mismas variables referidas al otro principio, P_j , por el otro.

La misma quedaría formulada así:

$$Pes_{i,j} = \frac{A_i \times Pes_i \times S_i}{A_j \times Pes_j \times S_j}$$

Esta fórmula del peso, es un intento de ilustrar la estructura de la ponderación con ayuda de un modelo matemático. La ponderación se basa en la argumentación y no en ningún tipo de medición posible sin dicha argumentación. Por ello, las intensidades atribuidas a las interferencias debe expresarse por medio de proposiciones que puedan fundamentarse mediante la argumentación. Es esta fórmula entonces, un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios (Alexy, 2007) · Además, a través de ella, se puede resolver la colisión. Por ello, concluye en una formulación que afirma que para las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. Esta precedencia (**P**) se podría formular de la siguiente manera:

($P_1 \text{ } P_2$)C (donde se establece que en las condiciones C, P_1 debe prevalecer sobre P_2)

Lo que para el caso, derivaría en la formulación de la regla que prescribiera que:

“Si el principio P_1 en las circunstancias C, tiene precedencia sobre el principio P_2 ($P_1 \text{ } P_2$) C, y si de P_1 , en las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces, tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica.” (Alexy, 2008:75) Esto es:

C \rightarrow R

En el caso, que se presentó antes se puede considerar que la medida cuya proporcionalidad debe ser evaluada ha de ser la norma que indicaría proceder a dar cumplimiento a la vacunación, incluso con recurso a vías compulsivas. En cambio, este proceder se podría encontrar opuesto a la autonomía de los padres (sin dejar de lado el problema de la determinación específica de la voluntad del niño, si esto fuera posible) que se opondrían a cumplir con el plan de vacunación oficial por haber adoptado principios de vida naturistas. Este problema, impone la revisión de la idoneidad de las medidas de vacunación compulsiva

para el fin perseguido (prevención de enfermedades a nivel colectivo). Seguramente este análisis arroje un resultado favorable que permita, evaluar su necesidad. En este sentido, el punto central es compararlo con otras medidas alternativas que fueran menos gravosas para la autonomía afectada. Las medidas de prevención de enfermedades alternativas –dado el estado actual de la ciencia y la medicina- no parecieran tan eficientes, por lo que en el análisis final, de proporcionalidad en sentido estricto, se vuelve necesario considerar estas razones como fundamento a favor de la medida en revisión. Así es que, se debe ponderar si para el caso particular se puede justificar el aplazamiento de la autonomía parental en favor de las razones que justifican la obligación de proceder a la vacunación de modo obligatorio. Aquí se pone de relieve la importancia de la presentada fórmula del peso. De hecho, es a partir de dicho esquema argumental que se habrán de exponer las razones que están a favor de la prevalencia establecida en las circunstancias del caso. El precedente en que la Corte Suprema tuvo ocasión de resolver esta tensión, concluyó en la precedencia de la salud pública y la vacunación del niño por sobre la autonomía de los padres. Sin embargo, nuevos casos obligarían a argumentar su analogía o diferencias en las circunstancias fácticas que arrojaron tal conclusión.

V.- Conclusiones.

El Código, como se ha mostrado, resulta sólo un movimiento reflejo de un fenómeno más amplio, que tiende a impregnar los ordenamientos jurídicos de valores que son recogidos constitucionalmente y que en lo sustancial, tienden a la protección y garantía de los derechos fundamentales. Congruentemente, y como sus redactores lo han dejado manifiesto explícitamente, este es un Código que contiene principios además de reglas, tendientes a la protección de bienes que gozan de protección constitucional. Por ello, la interpretación de sus disposiciones habrá de ser hecha de conformidad con dicha fuente de derechos conforme reza el artículo 1º.

Sin embargo, la incorporación de normas con estructura de principios, caracterizados por contener supuestos de aplicación abiertos, provoca, casi de manera inevitable, la necesidad de recurrir a la ponderación para poder establecer, para el caso particular, una regla que determine cuál de ellos ha de prevalecer. En este sentido, la coordinación para cada caso en particular de principios que pueden entrar en tensión como el principio de buena fe, protección del consumidor y autonomía ameritará sin dudas el recurso al esquema de

argumentación antes presentado.

El artículo 3º aquí analizado se presenta entonces como una fuente de un deber jurídico, que me atrevería a sostener no recae exclusivamente en cabeza de los jueces, sino que obliga a todos los operadores de las normas civiles. Representa asimismo y como lo he mostrado antes, una ventana hacia la aplicación argumentativa del Derecho. Por ello, el horizonte se expande y muestra una cara sumamente cautivante para quienes disfrutamos al estudiar el fenómeno de evolución del ordenamiento jurídico. El esfuerzo que se nos impone, de estudio y desarrollo doctrinal, es grande pero estoy segura de que el mismo dará sus frutos y habrá valido la pena.

VI.- Bibliografía

Aguiló Regla, Josep (2007) “Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 pp. 665-675;

Aguiló Regla, Josep (2008) *Sobre Derecho y argumentación*, Ed. Lleonard Muntaner, Editor;

Alexy, Robert, (2003) *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá;

Alexy, Robert, (2007) *Sobre los derechos constitucionales a protección*, en García Manrique, Ricardo (Comp.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 1º edición, Madrid, 2007, pp 45-84;

Alexy, Robert, (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º edición, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid;

Bernal Pulido, Carlos (2007) *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, pp289-325;

Clérico, M. Laura (2009) *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires;

Clerico, M. Laura (2014) *Sobre la racionalidad de las decisiones jurídicas: El caso de la proporcionalidad*, en Libro de Ponencias del *Simposio Internacional de Filosofía del Derecho: “Racionalidad en el Derecho”*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, pp 111-134;

Comanducci, Paolo (2007) *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*, en *Constitución y teoría del Derecho*, Distribuciones Fontamara, México, pp 73-92;

Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil Comercial, disponible en línea:

Ucín, María C. **Las instrucciones de aplicación del Código Civil y Comercial. Un análisis interpretativo del artículo 3º.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2016. N° 15. Pgs 96-112 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>

Guastini, Riccardo (2001) *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, pp 49-73;

Ucín, M. Carlota “La demostración de la razonabilidad” en Berizonce, Roberto (Coord.), *Los principios procesales*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, pp 75-99.